

Recurso 43/2024
Resolución 56/2024
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 9 de febrero de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LABORATORIOS HARTMANN, S.A** contra la resolución nº 13/2024 del órgano de contratación, de fecha 5 de enero de 2024, por la que se adjudica el «Suministro mediante acuerdo marco de material fungible de incontinencia urinaria, con destino a los centros sociosanitarios residenciales de la provincia de Málaga, con conciertos con el Servicio Andaluz de Salud CCA. 6LZ-BYB» (Expediente CONTR 2023 0000851595) respecto a la **agrupación 2 (lotes 9 y 10)**, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de septiembre de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del acuerdo marco de 11.693.331,89 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación dictó, el 5 de enero de 2024 resolución de adjudicación del acuerdo marco. El 8 de enero de 2024 la citada resolución se publicó en el perfil de contratante y en la misma fecha se notificó a la entidad ahora recurrente.

SEGUNDO. Laboratorios Hartmann (en adelante, la recurrente) mediante escrito de fecha 17 de enero de 2024 solicitó al órgano de contratación, al amparo del artículo 52.2 de la LCSP, el acceso al expediente, y en concreto, a la documentación técnica (sobre nº 2) y muestras aportadas por la empresa LABORATORIOS INDAS, S.A.U (en adelante, INDAS) en lo relativo a las agrupaciones 1 y 2. El día 23 de enero de 2024, según consta en acta extendida al efecto, se celebra el acto de la vista.

TERCERO. - El 29 de enero de 2024, la recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de la agrupación 2 del acuerdo marco.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de idéntica fecha, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada con posterioridad en esta sede el 1 de febrero de 2024.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, las ha presentado en plazo la entidad LABORATORIOS INDAS S.A.U. (en adelante, INDAS)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un acuerdo marco de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente solicita la anulación de la adjudicación respecto a la agrupación 2, con retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno a fin de que se excluya a INDAS (adjudicataria de la agrupación nº 2) del procedimiento, por la misma razón que se excluyó a otra de las licitadoras.

El recurso se fundamenta en el incumplimiento de determinadas prescripciones técnicas respecto del lote nº 10 de la agrupación nº 2 que, según manifiesta la recurrente, pudo advertir en la vista celebrada en la sede del órgano de contratación, si bien no consiguió acceder a las muestras relativas al lote nº9 porque las facilitadas fueron distribuidas para test, no conservando ni pañales ni embalaje resultando imposible de verificar por tal motivo.



Señala que la oferta de la adjudicataria incumple los requisitos que se consideran imprescindibles para dar cobertura a las necesidades que se pretenden satisfacer, y, en concreto, la obligación prevista en el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) “*Características técnicas específicas y adicionales*” de que el envasado incluya un etiquetado en el que figure:

- Denominación comercial.
- Referencia del fabricante.
- Número de lote.

Expone que fruto de la revisión efectuada en el acceso a la documentación técnica, se ha podido verificar que en la misma (ficha técnica, certificados) presentada por INDAS para el referido lote nº10 se identifica la referencia ofertada (nº 1820204) que, sin embargo, no consta en el embalaje de la muestra, en el cual únicamente aparece el CN 4783216. A su vez, en la referida documentación técnica no se identifica en ningún lugar dicho CN no existiendo manera de corroborar si la información técnica aportada y valorada se corresponde con las muestras presentadas.

Alega que es pacífica la doctrina que establece que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones técnicas y de las previsiones establecidas en los documentos rectores respecto a la presentación de muestras debe aparejar la exclusión del licitador, siempre y cuando concurren las premisas que la doctrina de los tribunales administrativos ha ido fijando, entre ellas:

- Que el incumplimiento sea expreso, no cabiendo duda alguna que la oferta de la adjudicataria es incongruente al no aportar muestras que incluyan toda la información exigida en el embalaje, en concreto, la inclusión de una etiqueta que identifique la denominación comercial, la referencia del fabricante y el número de lote.

- Que el incumplimiento sea claro, considerando que la referida omisión se deduce con facilidad de la oferta, lo que, a su juicio, debió provocar, al menos en el órgano de contratación, la duda sobre el cumplimiento de esta prescripción técnica, y determinar, en su caso, la exclusión de la oferta de INDAS, por tratarse de una información técnica de la que, a priori, no cabe solicitar aclaración ni subsanación. En este sentido, señala que el mismo órgano de contratación fundamentó la exclusión de la entidad ESSITY SPAIN SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL, en idéntico motivo, según se recoge en el informe de valoración de los criterios no automáticos.

Insiste en que las proposiciones han de ajustarse en su descripción técnica al contenido del PPT o documentos contractuales de naturaleza similar, y que la determinación del cumplimiento de las prescripciones técnicas corresponde al órgano de contratación y no cabe modificarlas durante el proceso de licitación, puesto que una valoración que no se ajusta a los requisitos de los pliegos es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad de trato. Invoca, al efecto, las Resoluciones 590/2018 de 21 de junio, 153/2020, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

Concluye que el órgano de contratación ha obviado las exigencias y requerimientos técnicos establecidos en el pliego que tiene naturaleza de *lex contractus* a la hora de evaluar las proposiciones presentadas, con contravención de sus propios actos, debiendo haber rechazado la oferta de la adjudicataria por no cumplir las características definidas en el PPT, solicitando, por ello, la debida exclusión de esta en la agrupación nº 2 y que se proceda a adjudicar el expediente de referencia a la única oferta cumplidora de tales requisitos, advirtiendo la concurrencia de causa de nulidad en la resolución de adjudicación.

II. Alegaciones del órgano de contratación.



Se opone a los argumentos del recurso y solicita la desestimación de este.

Esgrime que, de una lectura atenta del PPT, puede observarse que el pliego exige que la “referencia” del producto sea especificada, pero sin detallar si debe estar impresa en el propio envase, o si ha de presentarse mediante una pegatina, por ejemplo. Inserta una fotografía de la muestra del embalaje presentada por INDAS en la que identifica la muestra presentada con una pegatina donde hace constar la referencia. En concreto, transcribimos los datos que figuran en la fotografía que se inserta:

«LABORATORIOS INDAS, S.A.U
CIF: A- 45002516
EXPEDIENTE: 0000890/2023- CPC DE MÁLAGA
LOTE. 10- CÓDIGO SAS SU. PC SANI 01.02.01.300002
CODIGO CIP: 100137187622
ABSORBENTE INCONTINENCIA ORINA ADULTO 600-900ML TALLA M
MARCA: INCOPACK PANT M D 80 SIN CP
REFERENCIA: 1820204»

Invoca doctrina del Tribunal Administrativo Central, en concreto, la Resolución 1396/2023 de 27 de octubre, conforme a la cual solo procede la exclusión cuando el incumplimiento de una prescripción técnica sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se oponga abiertamente a los requerimientos técnicos contenidos en el pliego.

En ese sentido, señala que no queda acreditado un incumplimiento claro y expreso de las prescripciones técnicas exigidas puesto que, si no se ha establecido una forma concreta de identificación, no procede excluir una oferta por un requisito que no se establece de manera expresa, no pudiendo presuponerse un incumplimiento *ab initio*, ya que es posible identificar perfectamente que la documentación presentada corresponde con la muestra.

Finalmente, alega que la exclusión de la mercantil, ESSITY SPAIN SLU, a la que alude la recurrente en su escrito, obedeció a que la muestra presentada por dicha entidad no disponía de la referencia en el envase, no se encontraba serigrafiado, no presentaba ninguna pegatina, ni se identificaba la referencia de ninguna otra forma, por lo que se constataba un incumplimiento expreso de las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, siendo procedente, en tal caso, la exclusión.

III. Alegaciones de la entidad interesada.

INDAS se opone al recurso y solicita la desestimación de este, defendiendo, en síntesis, que no existe el incumplimiento de las prescripciones técnicas en los productos que ha ofertado por los argumentos que constan en su escrito y que aquí damos por reproducidos.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede a continuación analizar el objeto del recurso que se centra en dilucidar si, como denuncia la recurrente, la oferta de la adjudicataria incumplió las especificaciones técnicas exigidas en el PPT para el lote nº 10 de la agrupación nº 2.

En tal sentido interesa conocer el contenido, en primer lugar, del apartado 2 bajo la rúbrica “*CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS ESPECÍFICAS Y ADICIONALES*”



“Las características técnicas de los bienes objeto de licitación aparecen detalladas en el Catálogo de Bienes y Servicios del Servicio Andaluz de Salud. Adicionalmente a las características técnicas establecidas en el Catálogo de Bienes y Servicios del SAS para cada artículo objeto de licitación, será necesario que los productos ofertados reúnan las prescripciones técnicas adicionales que se especifican a continuación:

(...)

LOTES 9 y 10: ABSORBENTES TIPO BRAGA CON CONFIGURACIÓN ANATÓMICA

Descripción:

- Absorbente tipo braga de configuración anatómica con barreras antifugas. Indicador de cambio o humedad visible externamente, elásticos inguinales y cintura elástica.
- Consta mínimo de 3 capas: Capa Interna (en contacto con el paciente) hipoalergénica, de transferencia de líquidos. Capa Intermedia de celulosa con partículas superabsorbentes y Capa Externa impermeable recubierta de material tejido no tejido transpirable. Capas perfectamente selladas.
- Presenta neutralizantes del olor.
- Que garantice dermoprotección del paciente a través de loción dermoprotectora o mantenimiento del PH del manto ácido de la piel del paciente (referencia ~ PH 5,5).
- Material: Tejido sin tejer, celulosa, superabsorbente (Poliacrilato de sodio...), material impermeable transpirable (Polietileno...) y material elástico. Libre de látex.
- Envasado: Envase con varias unidades con etiquetado en el que figure:
 - Denominación comercial.
 - Referencia del fabricante.
 - Número de lote.

Normativa a cumplir:

- Declaración de conformidad acorde Reglamento de Productos Sanitarios 2017/745 • Producto sanitario tenga asignado un UDI-DI Básico en su Declaración de conformidad.
 - Etiquetado en castellano, que contenga el símbolo MD acorde ISO EN 15223-1.
 - Estudio de dermoprotección del producto en caso que éste se materialice a través mantenimiento PH manto ácido de la piel.
- (...)

Por su parte, la cláusula 6.6 “PRESENTACIÓN DE MUESTRAS” del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece lo siguiente:

«Cuando así se haga constar en el **apartado 15 del cuadro resumen**, para tomar parte en la licitación, las personas licitadoras presentarán una muestra de los bienes a que se refiera su oferta, ajustada a las características definidas en el PPT.

Las muestras deberán presentarse y depositarse en el lugar que indique el anuncio de licitación, en todo caso dentro del plazo de presentación de las proposiciones. A la persona depositante se le entregará un recibo que acredite la fecha y hora en que se realice el depósito de las muestras presentadas, conservando la Administración copia firmada por la persona depositante, que será digitalizada y pasará a formar parte del expediente de contratación.

Todos los bultos que contengan las muestras deberán llevar, en lugar visible, una etiqueta identificativa, en la que se especificará: "Documentación técnica / muestras, denominación y número del procedimiento, nombre o denominación de la persona licitadora y número de bultos que componen el envío de la muestra".

Igualmente deberán etiquetarse todas y cada una de las muestras entregadas, indicando la persona licitadora y en su caso, número de lote, o variantes a que corresponde.

Las muestras deberán cumplir las normas de embalaje que determine el PPT. (...) (subrayado nuestro)



El apartado 15.1 del cuadro resumen del PCAP prevé la presentación de muestras en la presente licitación.

En nuestra Resolución 238/2018 señalábamos que «*como viene manifestando este Tribunal y otros Órganos administrativos de resolución del recurso especial en materia de contratación (v.g. entre otras, Resolución 169/2017, de 11 de septiembre, de este Tribunal y 317/2018, de 3 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre las más recientes), solo procede la exclusión de la proposición presentada cuando el incumplimiento sea claro, expreso y deducible de la oferta, de modo que no quepa duda alguna que la misma es incongruente o se opone abiertamente a la prescripciones contenidas en el pliego técnico, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado*»

Por tanto, el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas sobre la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. De tal suerte que solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede el rechazo de la oferta presentada a licitación.

Pues bien, en el presente asunto, no resulta controvertido que, entre las características técnicas específicas y adicionales de los lotes nº 9 y 10, conforme a lo exigido en los pliegos, y respecto del envasado, se exige que en el envase con varias unidades con etiquetado figure: (i) la denominación comercial; (ii) la referencia del fabricante; y (iii) el número de lote. Por otra parte, respecto de las muestras que los licitadores deben presentar para tomar parte en la licitación, la cláusula 6.6 del PCAP establece que aquellas deberán cumplir las normas de embalaje que establece el PPT, referidas, como antes hemos transcrito, al lugar de presentación y depósito, así como al contenido de la etiqueta identificativa que ha de contener las siguientes especificaciones: “*Documentación técnica / muestras, denominación y número del procedimiento, nombre o denominación de la persona licitadora y número de bultos que componen el envío de la muestra*”.

La recurrente sostiene que ha podido verificar en la vista celebrada en la sede del órgano de contratación que en la muestra presentada por INDAS no aparece impresa la referencia del fabricante sino solamente un código nacional (C.N) 4783216, si bien reconoce que en la documentación técnica del producto sí se identifica la referencia del fabricante (nº 1820204). Alega que se incumple, con ello, lo previsto en la cláusula 6.6 del PCAP que exige que la muestra de los bienes de la oferta se ajuste a las características definidas en el PPT, y que cumplan las normas de embalaje que determine el referido pliego.

El órgano de contratación, por su parte, rebate tal afirmación insertando una fotografía de la pegatina identificativa de la muestra presentada donde figura claramente la referencia del fabricante (nº 1820204). Por otro lado, manifiesta que el PPT no indica el modo en que deba figurar la referencia en el envase, esto es, si impresa en el mismo o mediante una pegatina, concluyendo que, en cualquier caso, no puede hablarse de un incumplimiento claro y expreso.

INDAS alega que las muestras presentadas iban correctamente identificadas con una pegatina con indicación de la razón social; el CIF del ofertante; el número de expediente; el número de lote y el Código SAS; el Código CIP; la denominación comercial; la marca y la referencia del fabricante del producto ofertado, de conformidad con lo requerido por los pliegos. Por otra parte, explica que aquellas se presentaron en bolsas con la correspondiente pegatina, y no en cajas (que es la unidad de venta), previa consulta efectuada al órgano de contratación, extremo que acredita con texto de correo electrónico que adjunta. Añade que la unidad de venta o entrega es la caja y no la bolsa, por lo que el envase relevante a efectos del cumplimiento del PPT es aquella que estaba perfectamente etiquetada con la denominación comercial del producto, la referencia del fabricante y el número de lote, cumpliéndose, con ello, el requerimiento técnico previsto en los pliegos.



Vistas las alegaciones de las partes, entendemos que no puede prosperar la alegación de la recurrente ante la acreditación por el órgano de contratación de que la muestra presentada por la adjudicataria sí ha indicado mediante una pegatina la referencia del producto. En la misma línea, INDAS en sus alegaciones, ha demostrado también que las muestras que presentó portaban una etiqueta identificativa con toda la información requerida por el pliego, entre ellas, la referencia del fabricante y ha explicado las razones por las que incluyó las muestras en bolsas y no en cajas (que es la unidad de entrega o venta) insistiendo en que no existe el incumplimiento que se le achaca pues toda la información requerida (en particular, la referencia del fabricante) consta en la caja que es la unidad de venta y entrega, y el envase relevante a efectos de cumplimiento del PPT.

Hay que tener en consideración, además, que, tal y como el propio recurrente reconoce, la documentación técnica revisada identificaba claramente la referencia del fabricante, de donde se desprende que el hecho de que en el embalaje de la muestra no figure la referencia impresa, no puede asimilarse a un incumplimiento claro y expreso, en el sentido pretendido por la recurrente.

Ello no se compadece con lo exigido en el PPT pues como acertadamente sostiene el órgano de contratación, la referencia del fabricante debe figurar en el etiquetado del envase, pero sin especificar si debe estar impresa en el propio envase de varias unidades, o si puede figurar mediante una pegatina, como ha efectuado la adjudicataria.

Finalmente, el informe del órgano rebate la afirmación de que procede la exclusión de esta por concurrir idéntico motivo que en la oferta de ESSITY SPAIN SLU que fue excluida del procedimiento. Ello obedece a que la muestra presentada por esta empresa no disponía de referencia en el envase, tampoco estaba serigrafiado, ni presentaba etiqueta o pegatina identificativa, a diferencia de la muestra presentada por INDAS, lo que justifica, a juicio de este Tribunal, la decisión del órgano de contratación en aquel caso. En el mismo sentido se pronuncia la adjudicataria en su escrito de alegaciones.

Con base en las consideraciones anteriores, el recurso debe ser desestimado, al considerar este Tribunal que no ha quedado constatado que la oferta adjudicataria incurra en un incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas en la presente licitación, o al menos, en un incumplimiento claro, expreso y rotundo de dicha prescripción que sea determinante de la exclusión de aquella.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LABORATORIOS HARTMANN, S.A** contra la resolución N° 13/2024 del órgano de contratación, de fecha 5 de enero de 2024, por la que se adjudica el «Suministro mediante acuerdo marco de material fungible de incontinencia urinaria, con destino a los centros sociosanitarios residenciales de la provincia de Málaga, con conciertos con el Servicio Andaluz de Salud CCA. 6LZ-BYB» (Expediente CONTR 2023 0000851595) respecto a la **agrupación 2 (lotes 9 y 10)**, convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación respecto de la citada agrupación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.



NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

